XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

ÉRIKA MENDES DE CARVALHO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

DANI RUDNICKI

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Érika Mendes de Carvalho; Matheus Felipe de Castro; Dani Rudnicki. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-717-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

UNISINOS

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

Apresentação

Entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018, o CONPEDI-Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito, realizou o seu XXVII Congresso Nacional na cidade de Porto Alegre, nas luxuosas instalações da UNISINOS/POA. A quantidade de artigos de excelência submetidos ao grande Grupo de Trabalho "Direito Penal, Processo Penal e Constituição" levou à necessidade de seu desmembramento em três subgrupos de mesmo nome, medida salutar para garantir a apresentação desse universo de pesquisas realizadas nas mais diversas universidades brasileiras. No Subgrupo Direito Penal, Processo Penal e Constituição III, tivemos uma amostra significativa da diversificação da pesquisa brasileira em nosso campo, com artigos que abordaram desde a necessidade de novas (e responsáveis) hipóteses de criminalização, até os impactos que o vetusto sistema inquisitorial ainda continua a provocar na processualística penal brasileira; as grandes modificações que as novas modalidades de colaborações premiadas vem efetivando no Sistema Penal; a política criminal de drogas; a situação da mulher frente ao grande encarceramento; a vitimologia; a situação das crianças e adolescentes frente ao sistema processual penal e a produção de provas; os impactos da diversificação de percepções sobre identidade de gênero na teoria penal; a arte, o cinema, a psicologia e muitos outros assuntos que enriquecem sobremaneira o conhecimento sobre os crimes e as penas e que tornaram o encontro verdadeiramente instigante, revelando uma excelente amostra do significativo amadurecimento das pesquisas realizadas nos programas de pós-graduação que, primando por um lado pela tradição do rigor técnico, estão incorporando cada vez mais conhecimentos transdisciplinares, vindos da Criminologia Crítica, da Filosofia, da Sociologia, da História, considerando mais de perto e seriamente os problemas brasileiros e a necessidade de uma teoria penal a eles conectados. Enfim, desejamos a todas e a todos uma excelente leitura!

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UFSC

Profa. Dra. Érika Mendes de Carvalho – UEM

Prof. Dr. Dani Rudnicki – UNIRITTER

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

IMPOSSIBILIDADE DE AÇÃO TÍPICA DE "LESÕES CORPORAIS" CONTRA O FETO: TUTELA PENAL ABRANGIDA APENAS PELO DELITO DE ABORTO E A ANÁLISE QUALITATIVA EM RELAÇÃO A UMA DECISÃO DO TJRGS.

INEXISTENCE OF FELONY DESCRIBED AS "LESÕES CORPORAIS" WHEN PRACTICED AGAINST A FETUS (VICTIM): A QUALITATIVE ANALISYS BASED IN A COURT PRECEDENT.

Felipe Hilgert Mallmann
Paulo Agne Fayet De Souza

Resumo

A pesquisa tratará da impossibilidade de ação típica de "lesões corporais" contra o feto, a partir de uma abordagem impeditiva de ações penais contendo essa carga imputativa, na medida em que a tutela penal abrangida, nesses casos, diz respeito apenas aos tipos de injusto constantes dos arts. 124, 125 e 126, todos do CP, trabalhando uma perspectiva qualitativa em relação a uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apresentando-se, como resultado, a plena discordância com a posição tomada por essa Corte de Apelo, aproximando-se o ponto de vista do princípio (fundante da matéria penal) da legalidade.

Palavras-chave: Lesões corporais, Contra o feto, Atipicidade, Crime de aborto, Princípio da legalidade

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this research is to identify the non configuration of the felony defined as "lesões corporais" (literal traduction: bodily injury) when practiced against a fetus (victim). This hypothesis is based on the qualitatve analysis between the legal perspective described as "princípio da legalidade" and the inconstancy of the Court when judging this especific felonies invoked in the Criminal Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Bodily injury, Fetus as victim, Atypical, Abortion as a crime, Legality

1. INTRODUÇÃO

A discussão a ser enfrentada no presente artigo, para que se desenhe o tema de forma direta e já nessa propositura incipiente, gira em torno do seguinte: o nascituro pode ser sujeito passivo do delito de lesão corporal (descrito no art. 129 do CP)? Essa é a pergunta que, durante todo o presente estudo, será perseguida e debatida, mesmo quando estiver em jogo, ao final, a análise dos argumentos (qualitativamente) do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre esse *thema* específico, na medida em que a circunscrição do problema é, por um lado, de simples verificação, mas guarda nas suas raízes um universo de incertezas e de argumentos a partir dos quais, numa hipótese real, poderiam levar o estudo aos mais obscuros redutos da dúvida (aliás, como de regra, é o ambiente de pesquisa do Direito!).

Para a verificação dessa *quaestio*, são necessários os questionamentos, a seguir elencados, a fim de que se compreenda bem a discussão ora travada:

(*i.*) o feto/nascituro é considerado pessoa para os campos civil e penal brasileiros? E, ainda,

(*ii.*) o bem jurídico do delito de lesões corporais, ou seja, a integridade física e a saúde de outrem, protege também o feto/nascituro?

A partir disso, e de uma hipótese levantada ao longo desse trabalho, bem como da análise de uma decisão jurisprudencial, será possível invadir-se o campo argumentativo, passo a passo, a fim de que os meandros dessa problemática, sobre a impossibilidade de ação típica de lesões corporais contra o feto, seja amplamente debatida.

A eleição dessa única decisão do Tribunal de Justiça gaúcho, merece esclarecimento esse detalhe desde esse introito, deve-se ao fato de que o *decisum* colegiado eleito conseguiu enfrentar, ao longo dos votos de sua composição, todos os campos possíveis sobre a questão indicada na lente dessa pesquisa, o que, por assim dizer, facilitou o direcionamento do olhar técnico sobre os argumentos lá sustentados; o debate, por conta disso, foi facilitado, quanto à eleição da decisão, por conta da lucidez dos argumentos, e da seriedade com a qual todos eles foram trabalhados e discutidos pelos Magistrados em Segunda Instância jurisdicional, na mais apurada técnica, para o que, *ab initio*, prestam os autores os mais fervorosos elogios. É tempo, pois, após essa nota de introdução do ambiente a ser pesquisado, de ser enfrentado, de forma direta, o problema.

2. O FETO/NASCITURO É CONSIDERADO PESSOA PARA OS CAMPOS DO DIREITO CIVIL E PENAL BRASILEIROS?

Para o começo da problematização do tema proposto no presente artigo, é necessário ser feita uma análise preambular: se, para fins de imputação típica de lesão corporal, o feto já é considerado pessoa? Para responder essa questão, nada simples, diga-se, deve-se passar por uma breve verificação conceitual sobre o que é "pessoa", no nosso país, para os campos do direito civil e do direito penal.

Pois bem. O delito de lesão corporal, apesar de constar dentro do Título I do Código Penal, "Dos Crimes Contra a Pessoa", descreve em seu texto típico o elemento normativo "outrem", o que dá margem à interpretação de que apenas pessoas nascidas com vida, nos termos do art. 2º do Código Civil, é que podem ser protegidas pelo delito de lesões corporais, ficando os fetos protegidos apenas pelos delitos de aborto, cujas modalidades vêm insculpidas nos arts. 124, 125 e 126, todos do Código Penal.

O art. 2º do Código Civil refere, nessa medida, que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro"; percebe-se, assim, que a própria lei diferencia o nascituro — que foi gerado e concebido e só existe no ventre materno — da criança nascida com vida; é esse fato biológico que a torna "pessoa", na concepção técnico-jurídica.

O nascimento com vida é, portanto, o que estabelece a personalidade jurídica; o nascituro apenas tem expectativa de direitos;[1] nesse sentido, para que se verifique a matéria, a doutrina é quem expressa essa razão:

> "(...) conquanto comece do nascimento com vida a personalidade civil do homem, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (arts. 353, 357, parágrafo único, 372, 377, 458, 462, 1718), que permanecem em estado potencial. Se nascer com vida adquire personalidade, mas se tal não ocorrer nenhum direito terá." (DINIZ, 2002).

[1] 4. "(...) Não tem direito a indenização por danos morais o nascituro cuja mãe foi atingida por pedra quando ainda estava no 4º mês de gravidez porque, segundo a magistral lição do Desembargador Sérgio Cavalieri Filho '... só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição, angústia e desequilíbrio... — e esses sentimentos só são experimentados pelo ser humano depois que nasce, a que se dá provimento parcial. (...)". (Apelação nº 0091854-15.1996.8.19.0001, [**TJRJ**, 2001.001.18665], Des. Miguel Ângelo Barros, 16ª Câmara Cível, j. 18/12/01.)

É pacífico, para os doutrinadores do direito civil brasileiro, que o nascituro somente tem expectativa de direitos, em virtude de que somente adquire personalidade jurídica, ou seja, somente se torna "pessoa", quando efetivamente nasce. E, para o direito penal, além da vida, também tutela a integridade física e a saúde do nascituro, ou traz a mesma diretriz do direito civil, e considera "pessoa" apenas o nascido com vida. Eis a indicação da doutrina:

> "É de notar que o embrião e o feto não são considerados pessoa, tampouco são titulares de direitos, mas não são coisa, ou algo intermédio, mas deve ser-lhes reconhecido uma condição própria e independente. (...). O direito à vida, constitucionalmente assegurado (art. 5º, *caput*, CF), é inviolável, e todos, sem distinção, são seus titulares. Logo, é evidente que o conceito de vida, para que possa ser compreendido em sua plenitude, abarca não somente a vida humana independente, mas também a vida humana dependente (intrauterina)" (PRADO, 2015, p. 665).

Nessa perspectiva de avaliação, o direito penal mostra-se mais abrangente, e reconhece o direito à vida do nascituro, tutelando essa proteção nos arts. 124, 125 e 126, todos do CP; entretanto, assim como no direito civil, a lei penal não considera o nascituro como "pessoa" e, diante disso, não é passível de proteção pela norma do art. 129 do CP. A doutrina[2] é enfática quando afirma que apenas o homem vivo pode ser sujeito passivo do delito de lesões corporais, deve-se realizar essa verificação.

Se a lesão corporal é a proteção da integridade física e da saúde de outrem (pessoa), resta evidente, pela própria definição legal de "pessoa", que o direito penal não protege o referido bem jurídico, interpretação que é reforçada pela finalidade da norma, tendo em vista que há um interesse social na conservação de cidadãos saudáveis, para fazer florescer o crescimento da sociedade e do Estado:[3]

---

[2] Sobre o tema é a doutrina: "Sujeito passivo é qualquer pessoa humana, que não o agente, referindo-se a lei com a palavra *alguém* ao fruto da fecundação a partir do início do parto" (MIRABETE, 2013, p. 811). (Grifou-se.); ainda, "Sujeito passivo é qualquer ser humano vivo, a partir do momento em que **se** tem por iniciado o parto. (...) *Objeto material* do crime de lesão corporal é o ser humano vivo, a partir do momento do início do parto até sua morte" (PRADO, 2015, p. 688). (Grifou-se.) Por fim, "Sujeito passivo é qualquer pessoa humana, a contar do parto" (COSTA JÚNIOR, 2005, p. 397) e "(...) *Sujeito Passivo*. É o homem *vivo*. (...) A lei refere-se à ofensa corporal ou à saúde de *outrem*" (NORONHA, 1986, p. 65).

[3] Nesse sentido: "Objeto jurídico é a incolumidade do indivíduo. A proteção à pessoa não se faz apenas com a tutela da vida, mas há de abranger sua integridade física e fisiopsíquica. Trata-se de bem jurídico não apenas individual, mas social também, pois é inquestionável ser o Estado interessado na inviolabilidade corpórea e mental da pessoa. Por isso mesmo, não tem esta disponibilidade desse direito,

> "O *bem jurídico* tutelado é a incolumidade da pessoa humana. Protege-se, portanto, a integridade física e psíquica do ser humano. A tutela penal dispensada não se circunscreve à normalidade anatômica, mas abarca também a regularidade fisiológica e psíquica. Ao proteger a incolumidade pessoal, atende-se também ao interesse social na conservação de cidadãos aptos e eficientes, capazes de impulsionar o crescimento da sociedade e do Estado" (PRADO, 2015, p. 685).

É possível concluir que o direito civil não considera o nascituro como pessoa dotada de personalidade jurídica, tendo este, apenas, expectativa de direitos; também, pode-se afirmar que o direito penal não tutela a integridade física e a saúde do nascituro, abarcando na tutela apenas o bem jurídico "vida", sendo, com esse enquadramento, mais abrangente.

É dizer: a lei penal, por analogia aos conceitos do direito civil, também não considera o nascituro "pessoa", o que é reforçado pela própria finalidade de proteção da norma do art. 129 do CP, que tem por objetivo o progresso da sociedade e, para isso, faz-se necessário a integridade da saúde mental e física dos indivíduos. Além disso, condenar alguém por lesão corporal contra o nascituro torna a decisão contrária ao direito, na medida em que fere o princípio da legalidade, porquanto não existe, na lei, qualquer previsão para dar suporte a um *decisum* dessa natureza. O próximo ponto, pois, será o de verificação das adequações típicas quanto às condutas praticadas contra fetos/nascituros, e a real abrangência no campo do direito penal.

---

inoperante sendo, pois, seu consentimento. A aquiescência do ofendido não descrimina o ato de terceiro lesivo desse interesse" (NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. Volume 2. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 64). (Grifou-se.). Ainda: "O crime de lesão corporal consiste em qualquer dano ocasionado por alguém, sem *animus necandi*, à integridade física ou saúde (fisiológica ou mental) de outrem. Não se trata, como o *nomen juris* poderia sugerir *prima facie*, apenas do mal infligido à inteireza anatômica da pessoa. (...). O objeto da tutela penal, na espécie, é o bem jurídico da integridade física ou físio-psíquica da pessoa. Protegendo a incolumidade pessoal, a lei penal atende, de par com o interesse individual, um indeclinável interesse social, qual seja o da norma eficiência e aptidão de cada um dos indivíduos, que constituem elementos de sinergia da prosperidade geral da sociedade e do Estado" (HUNGRIA, 1942, p. 283-4).

3. DA ADEQUAÇÃO TÍPICA DE CONDUTAS PRATICADAS CONTRA O FETO/NASCITURO.

Como visto no ponto acima, a lesão corporal prevê a proteção da integridade física e da saúde da pessoa independente, dotada de personalidade jurídica e capaz de participar ativamente na sociedade; e não do embrião ou do feto.

A partir deste entendimento, o único crime passível de proteger o feto é a imputação de alguma forma típica de aborto, em razão de que o direito penal protege o bem jurídico "vida", e o delito de lesão corporal "(...) só pode ter como sujeito passivo o ser humano vivo, a partir do momento em que se tem por iniciado o parto (...)", nos termos do acórdão do TJMG, na AC nº 0122399-20.1999.8.13.0134, de relatoria do Des. Alexandre Victor de Carvalho, das Câmaras Criminais Isoladas, 5ª CCrim, decisão publicada em 18/5/07. Ainda como reforço argumentativo, é de se dizer que "as ofensas cometidas contra o feto durante a gestação, ou são idôneas o suficiente para determinar a tentativa de aborto, ou inidôneas e consequentemente, impunes" (BUSATO, 2014, p. 105-6).

Outrossim, é de se consignar que há entendimento contrário na doutrina, indicando que é possível a imputação da lesão corporal contra o feto; entretanto, é necessário analisar a argumentação deste pensamento:

> "(...) Se a morte deste é tipificada como crime de aborto, evidente que não há razão para não considerar o crime também a ofensa a sua integridade corporal ou a sua saúde. Evidente, pois, que também o ser em formação possui uma integridade corporal que sustenta a sua vida. (...). A expressão *outrem* empregado no art. 129 tem amplitude maior que a expressão *alguém* do art. 121, para abranger não somente o ser humano já nascido, mas também aquele em formação. Significado *outro ser humano* em seu sentido mais amplo, o em formação e o já formado" (TELES, 2009, p. 270-1).

A citação acima claramente criou a própria interpretação em relação a esse tipo penal de lesões, o que não pode ser admitido, justamente porque, pela análise da expressão "outrem", trouxe uma construção fora dos parâmetros do direito e, sobretudo, da própria interpretação da língua portuguesa; realmente, o conceito de "outrem", no dicionário, perpassa pelo sentido de "outra pessoa", como se verifica: "Outrem, *pron. Outra* pessoa" (HOLLANDA, 1983, p. 878), que não abrange o sujeito "nascituro".

De fato, no direito, a expressão “outrem” tem a exegese no sentido de que a autolesão não é punível; por isso, o legislador não empregou a expressão “pessoa”, mas, sim, “outrem”, no tipo do art. 129 do CP, estatuindo que somente é punível a lesão “em terceiros”, “o próprio agente não pode ser, ao mesmo tempo, sujeito ativo e passivo (autolesão), visto que o tipo menciona ofensa à integridade corporal ou à saúde de ‘outrem’. O tipo objetivo é representado pelo verbo “ofender”, com o sentido de causar lesão em terceiro, ferir outrem (...)” (SALLES JÚNIOR, 1996, pp. 336-7).

A norma constante no art. 129 do CP não admite a interpretação além daquilo que é determinado no tipo, sob pena de se tornar *in malam partem*; se o legislador quisesse dar maior abrangência a este delito, teria deixado nítida essa posição, assim como o fez na separação entre o delito do art. 121 e dos arts. 124 e 126, todos do CP, sendo que, no primeiro, existe a proteção da vida a partir do rompimento da bolsa amniótica, e, nos últimos, existe a proteção da vida do feto.

De fato, a elementar do tipo “alguém”, descrita no art. 121 do CP, não se confunde com a elementar “aborto”. A própria lei penal permite a diferenciação entre “alguém” — como sendo pessoa dotada de personalidade jurídica — e “aborto”, como sinônimo de matar o nascituro. Desse modo, se o legislador quisesse tutelar a integridade física e a saúde do nascituro contra lesões corporais teria realizado essa distinção no texto legal, seja por meio de tipo próprio — assim como fez com o delito de aborto —, seja pelo emprego de outra expressão no tipo do art. 129 do CP, substitutiva da expressão “outrem”, que é a indicação de “outra pessoa” (terceiro), e não a pessoa do agente, excluindo-se a punição pela autolesão.

Pelos argumentação exposta até o momento, a doutrina e até mesmo as decisões judiciais adotaram o entendimento de ser inviável a tipificação de lesões corporais contra o feto, sendo esta apenas para “pessoa”, a partir do início do parto, sendo o direito penal meio eficaz de proteção à vida do feto, por meio dos tipos dos arts. 124, 125 e 126, todos do Código Penal. A partir daqui, portando, passa-se à verificação da decisão do Tribunal de Justiça gaúcho, conforme indicação realizada na introdução do presente estudo.

4. DA ANÁLISE DA DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

Importante que, para ser abordado esse tema, seja analisado um caso concreto, e, após, verificada a aproximação com a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,

afrentando-se a teoria e a prática, mergulhando-se no caso real, nos argumentos e nos valores trazidos pelos julgadores para resolver o tema ora em debate.

Veja-se, pois, o caso, já alcançado pela *res judicata*: um médico foi denunciado pelo Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul, em razão de que no ano de 2000, este teria ofendido a integridade física do feto, produzindo-lhe lesões corporais de natureza gravíssima, em razão de lesão cerebral irreversível, de acordo com a acusação. Na ocasião, o médico obstetra teria induzido o parto que se anunciava normal, utilizando Misoprostol, cujo nome comercial é Cytotec. A vítima tinha data prevista para o nascimento em 22/02/2000; contudo, foi antecipando para o dia 13/02/2000. A gestante recebeu do médico um aplicador vaginal contendo meio comprimido do Cytotec, o qual foi introduzindo por volta das 23h do dia 12/02/2000; as contrações iniciariam por volta das 6h da manhã do dia 13. Aos seis meses de idade, o bebê foi submetido a exame de ressonância nuclear magnética, constando-se Leucoencefalomalácia, lesão associada à asfixia perinatal.

Agora, após o desdobramento do cenário sobre o caso, merece referência o conteúdo da decisão da Corte Estadual gaúcha, na ação de Revisão Criminal de nº 70071389795, de Relatoria do Des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, do colendo 2º Grupo Criminal, para que se faça a sua análise. Passa-se, por comodidade, à colocação da decisão a ser analisada:

> O direito à vida, constitucionalmente assegurado – art. 5º, *caput*, da CF, é inviolável. Havendo garantia constitucional aos direitos do nascituro, o direito penal tutela a integridade física e a saúde do feto, condição necessária da realização da vida sob expectativa. Por essas razões, a expressão "outrem" contida no art. 129 do Código Penal, abrange também o feto. (...).

Ainda, para que se deixe sedimentada a linha de raciocínio do *decisum* citado, merece transcrição, também, o corpo dos votos dos Desembargadores, a fim de que se possa contrapor e analisar os argumentos:

> Questiona a defesa, em sede de revisional, a tipicidade da conduta realizada pelo requerente. Sustenta que o nascituro não pode ser sujeito passivo do delito de lesão corporal, como descrito no art. 129 do Código Penal, e, de conseguinte, atípica a conduta narrada na denúncia, causa de nulidade absoluta da ação penal.
>
> Sem razão, contudo.

O Código Civil prevê no artigo 2º que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro" – ser humano concebido, que se encontra no útero da mãe.

Os direitos do nascituro permanecem em estado potencial, como afirma Maria Helena Diniz[4]. Se nascer com vida, adquire personalidade, caso contrário, nenhum direito terá.

Embora não tenha personalidade, o nascituro pode titularizar direitos, como os assegurados no Estatuto da Criança e do Adolescente, que impõe ao Estado o dever de garantir 'o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso'.

O art. 1.798 do Código Civil garante ainda o direito ao feto de ser beneficiado por herança ou legado.

O Código Penal, por sua vez, tutela o direito do feto à vida (art. 124 a 126, CP).

E o direito à vida, constitucionalmente assegurado – art. 5º, *caput*, da CF, é inviolável.

Ora, se há garantia constitucional aos direitos do nascituro, se lhe é assegurado o direito à vida, parece óbvio que o direito penal igualmente tutela a integridade física e a saúde do feto, condição necessária e inseparável da realização da vida sob expectativa. Por essas razões, a expressão "outrem" contida no art. 129 do Código Penal abrange também o feto, daí a capacidade de ser sujeito passivo do delito de lesão corporal.

A propósito, decisão do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu a condição de pessoa do nascituro, ao conferir direito ao seguro obrigatório à morte de um feto em acidente de trânsito:

(...)

Em linhas gerais, as correntes doutrinárias que negam ao nascituro a titularidade de direitos potencializam a primeira parte do citado preceito legal, no sentido de que a personalidade civil da pessoa só se inicia no nascimento com vida. Por outro ângulo de análise, as teses que elastecem os direitos do nascituro enfatizam a parte final do dispositivo, a qual faz referência a direitos que são postos a salvo desde a concepção.

São, em suma, três teorias que tentam abarcar, cada qual a seu modo, as conclusões acima listadas.

[4] *Novo Código Civil Comentado. São Paulo: Saraiva 2002.*

Pela teoria natalista, a personalidade jurídica só se inicia com o nascimento. Os adeptos dessa tese defendem que a titularização de direitos e personalidade jurídica seriam conceitos inexoravelmente vinculados, de modo que, inexistindo personalidade jurídica anterior ao nascimento, a consequência lógica é que também não há direitos titularizados pelo nascituro, mas mera expectativa. Os principais partidários da teoria natalista foram os comentaristas e doutrinadores clássicos do Código Civil de 1916, como Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio Rodrigues, Eduardo Espínola e Vicente Ráo.

Por outra linha, tem-se a teoria concepcionista, para a qual a personalidade jurídica se inicia com a concepção, muito embora alguns direitos só possam ser plenamente exercitáveis com o nascimento. Sustentam que o nascituro é pessoa e, portanto, sujeito de direitos. Encabeçaram tal corrente, entre os antigos, Pontes de Miranda, Rubens Limongi França e Teixeira de Freitas; entre os contemporâneos do Código Civil de 2002, destacam-se Antônio Junqueira de Azevedo, Francisco Amaral, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, Giselda Hironaka e Silmara Juny Chinellato e Almeida – professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, atualmente tida como a principal estudiosa do assunto.

Por fim, aponta-se, ainda, a existência de corrente intermediária, conhecida como teoria da personalidade condicional, para a qual a personalidade jurídica começa com o nascimento, mas o nascituro titulariza direitos submetidos a condição suspensiva, ou direitos eventuais. Citam-se como partidários Clóvis Beviláqua, Washington de Barros Monteiro e Arnaldo Rizzardo.

Diante do intenso debate entre doutrinadores de peso, parece mesmo arriscado afirmar, peremptoriamente, que o direito brasileiro tenha adotado, no mais alto grau de pureza, tal ou qual teoria acerca da situação jurídica do nascituro.

(...)

Outro aspecto a ser observado é o de que o Código Civil de 2002, mesmo em sua literalidade, não baralha os conceitos de "existência da pessoa" e de "aquisição da personalidade jurídica".

Nesse sentido, o art. 2º, ao afirmar que a "personalidade civil da pessoa começa com o nascimento", logicamente abraça uma premissa insofismável:

a de que "personalidade civil" e pessoa não caminham umbilicalmente juntas. Isso porque, pela construção legal, é apenas em um dado momento da existência da pessoa que se tem por iniciada sua personalidade jurídica, qual seja, o nascimento. Donde se conclui que, antes disso, se não se pode falar em personalidade jurídica – segundo o rigor da literalidade do preceito legal –, é possível, sim, falar-se em pessoa. Caso contrário, não se vislumbraria nenhum sentido lógico na fórmula "a personalidade civil da pessoa começa", se ambas – pessoa e personalidade civil – tivessem como começo o mesmo acontecimento.

(...)

Porém, a par dos citados exemplos, parece ser no direito penal que a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia. É que o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida".

Nesse ponto, a doutrina criminalista indica com precisão qual o objeto jurídico de proteção na tipificação penal do aborto:

Tutela-se nos artigos em estudo a vida humana em formação, a chamada vida intrauterina, uma vez que desde a concepção (fecundação do óvulo) existe um ser em germe que cresce, se aperfeiçoa, assimila substâncias, tem metabolismo orgânico exclusivo e, ao menos nos últimos meses da gravidez, se movimenta e revela uma atividade cardíaca, executando funções típicas de vida (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63). ----------

No mesmo sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658.

5. Com efeito, ao que parece, o ordenamento jurídico como um todo – e não apenas o Código Civil de 2002 – alinhou-se mais à teoria concepcionista para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela majoritária doutrina contemporânea.

(...)

Resumindo: o réu, ora requerente, causou, e isso é induvidoso, a antecipação do parto, assim produzindo na vítima recém nascida seqüelas neurológicas gravíssimas. Configurado o delito de lesão corporal, não há cogitar da alegada atipicidade. (...)”

Passa-se à análise dos argumentos, dentro de um espectro qualitativo da pesquisa, adentrando-se no âmago da discussão enfrentada pelo egrégio Tribunal de Justiça do Sul do País.

Como visto, o TJRS decidiu que o feto deveria ser também protegido pelo delito de lesões corporais, na medida em que adotou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, decisão colacionada no r. acórdão, filiando-se "à teoria concepcionista para a construção da situação jurídica do nascituro", sustentada nessa corrente que o nascituro é "pessoa" e, desta feita, "a personalidade jurídica se inicia com a concepção, muito embora alguns direitos só possam ser plenamente exercitáveis com o nascimento."

A decisão é um marco para a discussão, em razão de que, até então, o entendimento para a doutrina majoritária [e até mesmo para decisões judiciais] o feto/embrião não poderia ser sujeito passivo do delito de lesões corporais.

O acórdão do 2º Grupo do TJRGS ampliou, nessa medida, o sujeito passivo no crime de lesões corporais, vindo ao encontro do ordenamento jurídico moderno, levando-se em conta as determinações do Estatuto da Criança e do Adolescente, regramento especial que garantiu um amplo espectro de direitos aos menores de 18 anos.

Outrossim, apesar da decisão adotar a teoria concepcionista, é de se dizer que o direito penal sempre protegeu o bem jurídico "vida do nascituro"; ou seja, nunca negou os direitos do feto/embrião em uma concepção mais moderna de garantias; todavia, parece estranho a imputação da conduta de lesões corporais direcionada ao feto, justamente em razão da temeridade da situação, onde qualquer ato com vontade de agressão direcionado diretamente ao nascituro pode lhe causar a morte, pela fragilidade do ser humano neste estágio.

Dessa forma, apresenta-se de difícil indicação e limitação o elemento volitivo, o dolo do agente criminoso para preencher apenas as normativas constante no art. 129 do CP. Nesse sentido, a indagação seria a seguinte, a partir desse momento da pesquisa: até que ponto a agressão poderia atender os limites da norma das lesões corporais? Como exercício hipotético, poder-se-ia imaginar a seguinte pergunta, ainda dentro desse mesmo contexto: se a intenção do agente fosse a de lesionar o feto e, para isso, a opção fosse ministrar o remédio X, até quantos gramas desse remédio realmente o agente estaria seguro para provocar as lesões? Em sentido inverso: um erro na dosagem do remédio, por assim dizer, poderia causar a morte do nascituro? E como seria mensurada essa possibilidade, em termos de quantidade, na vida prática? Ou seja: até tantos gramas, a resposta seria a de imputação do crime de lesões. Até mais tantos gramas, a título de aborto. Isso jamais seria possível. Daí, também, toda a dificuldade na construção de uma resposta única e segura sobre esse tema estudado.

Ao que parece, a imputação dependeria, ou não, do resultado; nesse sentido, caso a ação causasse apenas lesões corporais, o delito seria o do art. 129 do CP; caso o resultado fosse a expulsão do feto/embrião, ter-se-iam imputações direcionadas ao aborto, na sua modalidade tentada ou consumada.

É certo que o terreno é arenoso, e remeteria a uma discussão mais profunda, qual seja: se as condutas praticadas contra o feto adotariam a teoria da ação ou a do consentimento, teorias muito discutidas em casos de homicídios culposos de trânsito. Diga-se que, recentemente, o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao decidir o famoso *Caso da Boate Kiss*, entendeu por adotar a teoria do consentimento do agente, em aceitar, ou não, o resultado, para descaracterizar o homicídio por dolo eventual para o homicídio por culpa consciente.

Seguindo neste raciocínio, pode-se dizer que, sempre ao causar uma lesão corporal contra o feto, algum bem jurídico da mãe também será violado, até mesmo o da própria integridade física e psíquica, a não ser que a ação tenha o seu consentimento em caso de lesão corporal leve, em conduta praticada por terceiro, ou a ação seja praticada pela própria gestante, que restará amparada pela atipicidade da autolesão.

Em casos de lesão corporal praticada por terceiro contra a gestante, e que desta venha a causar danos no nascituro, como aceleração do parto, ou mesmo do aborto, o direito penal prevê, em seu artigo 129, §§ 1º e 2º, do CP, a possibilidade de aumento de pena, protegendo, assim, indiretamente, o óvulo, o embrião ou o feto, tendo em vista a modalidade preterdolosa da ação – quando o agente tem o dolo no primeiro fato, o de lesionar, e por culpa a vítima vem a sofrer uma consequência maior do que a visada pelo agente criminoso; com isso, o resultado final tem um agravamento das penas mínimas e máximas cominadas, tornando-se, assim, um delito qualificado pelo resultado. Mas, aqui, nesta situação, a ação é direcionada contra a gestante, e não há dolo da ação contra o nascituro.

O que se quer dizer é que querendo lesionar o feto a consequência lógica é atingir a mãe (excluindo a hipótese da ação apenas da gestante contra o nascente, onde não é crime a autolesão), hoje pelo atual entendimento do e. TJRGS, a imputação poderá, em quase todos os fatos imaginados nesta possibilidade, a imputação dupla de lesão corporal, em razão de haver dois sujeitos passivos, a gestante e o nascituro.

Como um último ponto de análise: qual seria o momento adequado de imputação do delito de lesão corporal ao nascituro, em razão de que a divisão da gestação para o delito de aborto se dá em 3 fases, "em *ovular*, se praticado nos dois primeiro meses da gestação; *embrionário*, se praticado no terceiro ou no quarto mês da gestação; e *fetal*, quando praticado do quinto mês de gravidez em diante" (PRADO, 2015, p. 667)?

A partir desse questionamento, é importante trazer à tona a decisão do e. Supremo Tribunal Federal, na ação de *Habeas Corpus* de nº 124.306, de Relatoria do Ministro Roberto Barroso, da Primeira Turma, que entendeu que causar aborto até os 3 primeiros meses de gestação não é crime, em razão de vários argumentos dentre eles:

> o de que a criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade", e também o de que "a criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria".

Como visto, se o direito à vida é o bem jurídico máximo, e por certo que, se a ação de aborto não é punida nesta fase, também não poderá ser imputado o delito de lesão corporal contra o feto, em razão de que esta imputação apenas seria permitida a partir do início do quarto mês de gestação, no final da fase embrionária, e isso é o que se deduz da verificação dos próprios argumentos trazidos na decisão trazida à presente discussão.

Com isso, mesmo que se considere que o nascituro (embrião/feto) seja pessoa, o que parece acertado, com base na teoria concepcionista, dando uma ampla proteção ao produto da concepção desde o início, parece de difícil configuração a ação de lesão corporal voltada especificamente contra o feto; *primo*, porque qualquer ação externa dificilmente causaria lesão corporal ao feto, tendo em vista as proteções naturais internas, como é a bolsa com o líquido amniótico, bem como o próprio corpo da gestante; *secondo*, em razão de que qualquer ação direta contra nascituro pode causar-lhe a morte; e, não sendo o agente especialista, com conhecimentos médicos suficientes, improvável tenha condições de apenas lesionar o produto da concepção sem correr o risco de morte e, de consequência, a incidência do delito de aborto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão fulcral que se apresentou, aqui, foi essa: o nascituro pode ser sujeito passivo do delito de lesão corporal (descrito no art. 129 do CP)? Por todos os pontos trazidos nesse

estudo, parece certo que inexiste possibilidade de imputação de lesão corporal ao nascituro, na concepção do direito penal, no sentido assim indicado: daquele ser humano que vai nascer. A aproximação com um caso já transitado em julgado foi estudado a partir da ação de Revisão Criminal de nº 70071389795, de Relatoria do Des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, do colendo 2º Grupo Criminal, cuja ementa assim determinou: "O direito à vida, constitucionalmente assegurado – art. 5º, *caput*, da CF, é inviolável. Havendo garantia constitucional aos direitos do nascituro, o direito penal tutela a integridade física e a saúde do feto, condição necessária da realização da vida sob expectativa. Por essas razões, a expressão "outrem" contida no art. 129 do Código Penal, abrange também o feto. (...)."

Nesse caso, o Tribunal de Apelo gaúcho decidiu que o feto deve ser também protegido pelo delito de lesões corporais, na medida em que adotou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, aproximando-se *"à teoria concepcionista para a construção da situação jurídica do nascituro*", sustentada nessa corrente que o nascituro é pessoa e, portanto, "*a personalidade jurídica se inicia com a concepção, muito embora alguns direitos só possam ser plenamente exercitáveis com o nascimento.*" Como se verificou do presente estudo, essa decisão se apresentou como um verdadeiro marco para a discussão desse tema, ora trazido à baila, em virtude de que, até esse momento, o entendimento para a doutrina majoritária e para a própria jurisprudência era a de que o feto/embrião não poderia ser sujeito passivo do delito de lesões corporais.

Nesse sentido, pode-se dizer que 2º Grupo do TJRS ampliou a verificação do sujeito passivo no crime de lesões corporais, vindo ao encontro do ordenamento jurídico moderno, levando-se em conta as determinações do Estatuto da Criança e do Adolescente, regramento especial que garantiu um amplo espectro de direitos aos menores de 18 anos.

Noutro norte: apesar da decisão adotar a teoria concepcionista, é de se dizer que o direito penal sempre protegeu o bem jurídico "vida do nascituro", e nunca negou os direitos do feto/embrião em uma concepção mais moderna de garantias; entretanto, parece estranha a imputação da conduta de lesões corporais direcionada ao feto, justamente em razão da temeridade da situação, onde qualquer ato com vontade de agressão direcionado diretamente ao nascituro pode lhe causar a morte, pela fragilidade do ser humano neste estágio, como se teve oportunidade de referir ao longo do presente estudo.

Ainda, pode-se verificar que, sempre ao causar uma lesão corporal contra o feto, algum bem jurídico da mãe também será violado, até mesmo o da própria integridade física e psíquica, a não ser que a ação tenha o seu consentimento em caso de lesão corporal leve, em conduta praticada por terceiro, ou a ação seja praticada pela própria gestante, que restará amparada pela atipicidade da autolesão. Em casos de lesão corporal praticada por terceiro contra a gestante, e

que desta venha a causar danos no nascituro, como aceleração do parto, ou mesmo do aborto, o direito penal prevê, em seu artigo 129, §§ 1º e 2º, do CP, a possibilidade de aumento de pena, protegendo, assim, indiretamente, o óvulo, o embrião ou o feto, tendo em vista a modalidade preterdolosa da ação – quando o agente tem o dolo no primeiro fato, o de lesionar, e por culpa a vítima vem a sofrer uma consequência maior do que a visada pelo agente criminoso; com isso, o resultado final tem um agravamento das penas mínimas e máximas cominadas, tornando-se, assim, um delito qualificado pelo resultado. Mas, aqui, nesta situação, a ação é direcionada contra a gestante, e não há dolo da ação contra o nascituro.

Desse modo, querendo lesionar o feto, a consequência lógica é atingir a mãe (excluindo a hipótese da ação apenas da gestante contra o nascente, onde não é crime a autolesão); e, hoje, pelo atual entendimento do e. TJRS, a imputação poderá, em quase todos os fatos imaginados neste estudo, ser o de dupla lesão corporal, em razão de haver dois sujeitos passivos, a gestante e o nascituro.

Ademais disso, verificou-se que o e. Supremo Tribunal Federal, na ação de *Habeas Corpus* de nº 124.306, de Relatoria do Ministro Roberto Barroso, da Primeira Turma, entendeu que causar aborto até os 3 primeiros meses de gestação não é crime, em razão de vários argumentos, como visto. Ora, se o direito à vida é o bem jurídico máximo, e por óbvio que, se a ação de aborto não é punida nesta fase, também não poderá ser imputado o delito de lesão corporal contra o feto, em virtude de que esta imputação apenas seria permitida a partir do início do quarto mês de gestação, no final da fase embrionária. Mesmo que se considere que o nascituro (embrião/feto) seja pessoa, o que parece acertado, como se disse, com base na teoria concepcionista, dando uma ampla proteção ao produto da concepção desde o início, parece de difícil configuração a ação de lesão corporal voltada especificamente contra o feto, seja em razão de que qualquer ação externa dificilmente causaria lesão corporal ao feto, tendo em vista as proteções naturais internas, como é a bolsa com o líquido amniótico, bem como o próprio corpo da gestante, seja porque qualquer ação direta contra o nascituro pode causar-lhe a morte; e, diante dessa constatação, não sendo o agente especialista, com conhecimentos médicos suficientes, improvável tenha condições de apenas lesionar o produto da concepção sem correr o risco de morte e, de consequência, a incidência do delito de aborto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial. Artigo 121 ao Artigo 234 do Código Penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Código Penal comentado**. 8ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Parte geral.** ***In:*** **Novo Código Civil comentado.** *Coordenação.* Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2002.

HOLLANDA, Aurélio Buarque. **Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1983.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume V. Arts. 121 a 136. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI Renato N. **Código Penal interpretado**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. Volume 2. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Código Penal interpretado**. São Paulo: Saraiva, 1996.

TELES, Ney Moura. **Curso de direito penal**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2009.